



Trabajo Fin de Grado

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ENTORNO LABORAL

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS

Curso académico 2016/2017

Alumno/a: MIRIAM DOÑATE BADENES

Tutor/a: M^a PILAR FUENTES LLOPICO

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. CONCEPTO.....	5
III. SINTESIS DE LA IMPLANTACIÓN DEL CONCEPTO DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.....	10
IV. RAZONES JUSTIFICATIVAS DE UNA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.....	12
V. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA.....	14
V.1. Estatuto de los Trabajadores.....	15
V.2. Ley de la Jurisdicción Social.....	16
V.3. Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.....	16
V.4. Ley de Enjuiciamiento Civil.....	16
V.5. Código Penal.....	17
VI. JURISPRUDENCIA: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.....	21
VI. 1. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.....	21
VI. 2. Sentencias de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea.....	23
VI.3. Sentencia del Tribunal Constitucional.....	30
VII. MUJER Y DISCRIMINACIÓN.....	35
VIII. LOS PLANES DE IGUALDAD DE LAS EMPRESAS Y OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD	39
VIII.1. Planes de Igualdad de las Empresas.....	39
VIII.2. Medidas de Promoción de la Igualdad.....	41
IX. CONCLUSIÓN.....	45
X. BIBLIOGRAFÍA.....	46

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es conocer más de cerca el concepto de discriminación indirecta por razón de género, ya que si partimos de lo visto durante los años de estudio y centrándonos en la parte jurídico-laboral, la no discriminación queda recogida en numerosas Leyes de gran importancia.

En nuestra Constitución Española, el derecho a no ser discriminado es considerado como un derecho fundamental, resaltando que ningún individuo podrá ser discriminado por diversas razones, entre las que destaca nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra circunstancia personal o social.

Más concretamente y centrado en el ámbito laboral, objeto de estudio, nos dirigimos al Estatuto de los Trabajadores, es en este Real Decreto Legislativo donde podemos observar que ya se habla sobre la discriminación indirecta y al mismo tiempo desarrolla todos los preceptos por los que no puede ser discriminado un individuo en el entorno laboral.

La elección de este tema es debido a la poca información que se tiene sobre la Discriminación Indirecta concretamente, y por tanto la falta de conocimiento sobre el tema, nos lleva en muchas ocasiones a confundir los términos, considerando todo acto discriminatorio directo, y la realidad es bastante distinta.

En este Trabajo de Final de Grado se intentará plasmar dos vertientes bien distintas, por un lado se estudiará todo lo relacionado con la doctrina de los tribunales tanto nacionales, europeos como internacionales, centrándonos sobretodo en la definición concreta del significado de discriminación indirecta.

Además haremos un breve recorrido por las sentencias más importantes sobre el tema y comentaremos la jurisprudencia dictada al respecto.

Por otro lado, la preocupación por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres es un tema latente en nuestra sociedad, a través de distintas normativas tanto a nivel nacional como internacional se intenta combatir todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo, intentando promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, concretamente dentro del entorno laboral.

En especial nos centraremos en el colectivo de las mujeres, que por su vulnerabilidad son más propensas a sufrir cualquier tipo de discriminación.

Para este apartado realizaremos un minucioso análisis de la Ley de Igualdad, la cual fue creada como un instrumento jurídico, cuyo objetivo era combatir toda manifestación de discriminación, tanto directa como indirecta.

Al mismo tiempo haremos hincapié en distintas estadísticas que demuestren la clara discriminación dirigida al colectivo de mujeres, resaltando aspectos como la brecha salarial, el techo de cristal, entre otros.

CONCEPTO

El objetivo de este trabajo es conocer y analizar más detenidamente el significado del concepto discriminación indirecta, recogido este en el artículo 4.2 apartado (c) y el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹.

Este concepto es bastante novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, como mas adelante señalaremos, podemos situarlo por primera vez en el año 1971², utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero su desarrollo jurídico fue a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³ (TJCE).

Para podernos centrar en el asunto la pregunta a la debemos de responder es “¿como llego este concepto a nuestro ordenamiento jurídico?”.

Si nos centramos en el artículo 4.2 (c) del Estatuto de los Trabajadores y empezamos a tirar del hilo, nos damos cuenta que dicho artículo fue modificado por el artículo 37 de la Ley 62/2003⁴, la cual incorporó en nuestro ordenamiento el concepto de Discriminación Indirecta.

Con la base jurídica del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, se aprobaron en el año 2000 dos directivas, las cuales la legislación española debía de aplicar y con ello transformar nuestro derecho.

Estas dos Directivas son, la Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

En la actualidad la Directiva 2006/54/CE⁵, es la que codifica todas las directivas antidiscriminatorias referidas a los asuntos del empleo y la ocupación.

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² Caso de Griggs vs. Duke Power Co. 401 US Supreme Courts Reports 424 (1971).

³ Actualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁵ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Llegados a este punto es importante señalar que aunque anteriormente ya había sido utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el concepto de Discriminación indirecta fue utilizado por primera vez en Europa por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la Sentencia de 8 de abril de 1976, referida al caso de Gabrielle Defrenne contra SABENA⁶, una aerolínea belga, sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado de Roma.⁷

Aunque en esta sentencia el concepto quedaba un poco confuso, a través de la Doctrina de los Tribunales que han ido desarrollando el concepto en numerosas sentencias, el legislador ha definido e incorporado el concepto de Discriminación Indirecta plasmándolo en diversas normativas.

No obstante, no podemos empezar a definir el concepto de discriminación indirecta por razón de género, sin hacer referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Especialmente nos centramos en esta Ley por la palabra clave “género” la cual, aunque existan otros tipos de discriminación, esta nos lleva a profundizar mas, ya que la discriminación por razón de género conlleva un tratamiento injusto que puede afectar tanto a hombres como a mujeres.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 8 de abril de 1976, Asunto Defrenne II.

⁷ Tratado Constitutivo de la Unión Europea, establece en su artículo 119 -hoy el artículo 141 de su versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam (1997)- el principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores que realizan el mismo trabajo, prohibiendo así la discriminación salarial por razón de sexo.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI).

Existe un amplio abanico de normativa proclamando la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, ya que es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca a nuestro parecer, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada en España en 1983.

Para poder empezar nos trasladamos al artículo 14 de la Constitución española (CE)⁸ el cual, proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. También el artículo 9.2 de la CE, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para la igualdad efectiva de los individuos y los grupos que la integran. Pero no solo en nuestro ordenamiento jurídico se habla sobre la igualdad y no discriminación, ya que también es un principio fundamental en la Unión Europea, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999.

En concreto esta Ley (LOI), incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Esta Ley pone una especial atención a las desigualdades en las relaciones laborales, reconociendo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Para ello adopta una serie de medidas a favor de la igualdad en las empresas.

⁸ Constitución Española, 1978

En su Título primero, y siguiendo como referencia las directivas señaladas anteriormente, se define el concepto de discriminación directa e indirecta. Evidentemente no podíamos dejar a un lado el concepto de discriminación directa, parte contraria de todo el estudio llevado a cabo y por tanto fundamental para poder entender y sobretodo no confundir con el concepto de discriminación indirecta.

Para poder encontrar la definición nos dirigimos al artículo 6 de la LOI y en su apartado primero define el concepto de discriminación directa como;

“Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.”

Generalmente, esta discriminación abierta, marca un trato diferenciado entre hombres y mujeres contrario a la igualdad que se reconoce legalmente.

La doctrina ha definido la discriminación directa como un tratamiento diferente e inferior a una persona por razón de sexo. Estas discriminaciones son las mas fáciles de reconocer porque existe una relación directa entre la medida adoptada en función del sexo y el perjuicio causado.

Sin dejar a un lado este artículo, pasamos al segundo apartado donde se define claramente el concepto de discriminación indirecta como;

“Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.”

Esta discriminación puede ser deliberada o inconsciente según se tome la medida de manera intencionada o casual. El análisis para poder determinarla es objetivo y no importa la voluntariedad o no de situar a personas por razón de sexo en situación de inferioridad, lo importante es el resultado⁹.

⁹ GARCÍA NINET, J.I. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Comentarios a la Ley de Igualdad”, CISS, 2007., pp. 98 y 99.

El Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del TJUE, señala que cuando se denuncia una discriminación indirecta no se exige aportar la existencia de un trato más beneficioso para alguno de los sexos, sino que basta con que exista una norma o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, por trabajadores del otro sexo.

Para poder entender mejor la definición de discriminación indirecta, realizaremos un pequeño desglose en los elementos más relevantes, que a nuestro parecer son;

1. **Disposición, criterio o práctica aparentemente neutros;** lo diferencia de la discriminación directa, cuando la existencia de una regla, norma, cláusula o medida formulada por el empleador o por las partes de un contrato colectivo, aun formulada neutralmente, traigan aparejadas un trato menos favorable para los trabajadores de un sexo determinado.
2. **Poner en desventaja a personas de un sexo;** este segundo presupuesto supone la afectación mayoritaria de trabajadores de un sexo frente a trabajadores del sexo opuesto. Esta afectación mayoritaria a un sexo puede derivarse bien por beneficios otorgados en su mayoría a un sexo determinado o por bien por que el cumplimiento de ciertos requisitos se proyectan de manera distinta en los dos sexos.

En todo caso, la apreciación de que una medida aplicada por el empleador o legislador sea menos beneficiosa para cierto grupo de trabajadores, será de la jurisprudencia.¹⁰

¹⁰ CAAMAÑO ROJO, E., "La Discriminación Laboral Indirecta", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XII, N°2, Diciembre 2001, p.78.

SÍNTESIS DE LA IMPLANTACIÓN DEL CONCEPTO DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZON DE GÉNERO

En este apartado hemos querido realizar un pequeño esquema de la implantación del concepto Discriminación Indirecta en el contexto europeo y sobretodo como ha ido implantándose en nuestro ordenamiento jurídico a través de las diversas directivas de la Comunidad Europea.

1. La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, aún no define los conceptos de discriminación directa o indirecta, pero si que trata el tema de igualdad.
2. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ya definen la discriminación directa o indirecta.
3. La transposición de la Directiva 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social.
4. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo.
5. El art. 14 de la Directiva 2002/73/CE, prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con, entre otras, "las condiciones de empleo y trabajo".

6. La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los art. 4.2 c) y 17.1 del ET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

RAZONES JUSTIFICATIVAS DE UNA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA

Como bien señala la LOI en su art. 6.2, existe una justificación por la que el empleador puede en ciertos casos, establecer ciertas medidas o reglas que puedan producir un trato desigual entre trabajadores de distinto sexo.

No obstante dichas medidas o reglas deberán estar justificadas por razones objetivas y ajenas a cualquier discriminación.

Dicho lo cual la medida o regla deberá responder a una exigencia efectiva de la empresa y por tanto necesaria para lograr el objetivo de que se trata.

Es decir, será necesario realizar un juicio de ponderación, y como elementos del mismo destacamos¹¹:

a).- Fin legítimo.- Que la medida de restricción, no sea gratuita o caprichosa, pues de lo contrario no habría forma de realizar una ponderación válida.

b).- Idoneidad o adecuación.- Que la medida restrictiva resulte adecuada para cumplir el fin legítimo, pues de lo contrario se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

C.- Necesidad.- La medida cuestionada debe ser dentro de las alternativas posibles la que menos restinga al derecho fundamental que se afecta.

d).- Proporcionalidad en sentido estricto.- Se podría decir que este aspecto resulta el núcleo del juicio de ponderación y consiste en que la medida debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

En el supuesto de que la medida cumpla con los requisitos anteriormente nombrados, esta cumplirá con las razones objetivas justificadas, no obstante recalcamos que será tarea del Tribunal el encargado de esclarecer tal controversia.

A continuación conoceremos como el TJUE, establece las razones por la que la discriminación indirecta puede ser justificada, debido a diversas causas como la flexibilidad, la jornada o lugar de trabajo, la capacitación o la experiencia laboral.

Pues bien, la sentencia a la que hacemos referencia es la referida al asunto Enderby¹², en la que el Tribunal, entendía que la diferencia salarial entre dos ocupaciones

¹¹ SÁEZ LARA, C., “La Discriminación Indirecta en el Trabajo”, en Cuaderno de Relaciones Laborales, nº 6. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Madrid, 1995, pp.78 y 79.

similares, podía justificarse por la situación del mercado, por tanto a un grupo profesional se les aumentaba el salario para poder atraer a más candidatos. No obstante, se recalca que dicha justificación no será válida cuando, existan estadísticas significativas que pongan de manifiesto una diferencia considerable de retribuciones, entre las desempeñadas exclusivamente por mujeres y las desempeñadas exclusivamente por hombres, ya que en este supuesto sí que existiría una discriminación indirecta por razón de sexo.

A continuación señalaremos como una medida puede ser justificada y por tanto no discriminatoria. Aunque exista un impacto desfavorable, el criterio utilizado se podrá justificar conforme a:

1. Una circunstancia objetiva ajena a la categorización social.
2. Cuando está razonablemente orientado a la consecución de un fin legítimo (adecuación).
3. Cuando los medios son necesarios para adoptar tal finalidad¹³

En estos supuestos de justificación, el demandado siempre deberá acudir a la doctrina del “requisito profesional esencial y determinante”, siempre que con ello se consiga una medida proporcionada y un fin legítimo.

Con esto lo que se pretende decir es, que en las excepciones que puedan llevar a justificar una conducta discriminatoria no deben en ningún caso traspasar los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo propuesto.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de octubre de 1993* En el asunto C-127/92,

¹³ ÁLBAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, Tema 2: Cuestiones generales sobre discriminación (Curso 2013-2014), pp. 9-13.

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA

Posiblemente este sea uno de los apartados más interesantes del trabajo, ya que una vez que conocemos el significado de discriminación indirecta, es esencial conocer que repercusiones tiene la aplicación de una discriminación indirecta en el entorno laboral. Al igual que en el apartado anterior, utilizaremos la LOI para explicar los efectos jurídicos de la discriminación.

Por tanto para conocer dichas consecuencias derivadas de las conductas discriminatorias nos dirigimos al art. 10 de la LOI, también el art. 12, al afecto de garantizar la tutela judicial efectiva y seguiremos con el art. 13, el cual garantiza la inversión de la carga de prueba.

En su artículo 10 se cita *“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.”*

Hay que tener en cuenta que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo ha sido siempre reconocido por la jurisprudencia constitucional con eficacia inmediata frente a los particulares cuando se trata de relaciones laborales.

Con relación a este artículo y relacionados con el derecho, nos encontramos con diversa legislación que apoya este artículo, no esta toda relacionada con el derecho del trabajo pero si que podemos observar como los derechos inespecíficos afectan de forma directa a la relación laboral y lo plasmamos en los siguientes ejemplos;

1. Estatuto de los Trabajadores

- Art. 17.1 *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.”*
- Art. 55.5 *“Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.”*

2. Ley de la Jurisdicción Social¹⁴

- Art. 108.2 *“Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.”*
- Art. 180.1 *“En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.”*

¹⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

3. Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social¹⁵

- Art. 8.12 *“Son infracciones muy graves: (...) Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*

4. Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶

- Art. 217.5 *“De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.*

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.”

¹⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

5. Código Penal¹⁷

- Art. 22.4ª *“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.”*

En resumen estos son algunos ejemplos, no obstante dentro de cada ley existen mas artículos que apoyan el artículo 10 de la LOI, pero hay que tener en cuenta que no podemos centrar el trabajo en toda la legislación española existente en este apartado concreto. También señalar que hay legislación que no hemos estudiado con profundidad y nuestra falta de conocimiento nos llevaría a cometer graves errores de interpretación.

Es por esto que nos dirigimos a examinar el art. 12 de la LOI, dedicado a garantizar la tutela judicial efectiva ante los tribunales y en este sentido cita

“1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.”

¹⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Podemos observar que divide el contenido en tres apartados, el primero está referido al amparo jurisdiccional ante los tribunales ordinarios y al amparo del Tribunal Constitucional, al mismo tiempo hace referencia que dicha tutela puede seguir incluso una vez extinguido la relación que dio lugar a la discriminación, es decir inclusive después de tal hecho.

En el segundo párrafo reconoce la legitimación de acudir no solo al amparo judicial sino también a la vía ordinaria para asegurar la tutela del derecho.

Y por último el tercer párrafo hace referencia a que solo la persona acosada es la legitimada para instar el procedimiento.

Por último y para finalizar este apartado nos centraremos en el artículo 13, el cual cita;

“1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.”

Hay que tener en cuenta, que demostrar que existe una discriminación es muy complejo, en muchos casos el individuo se encuentra en una posición de debilidad y por tanto probar que esta siendo objeto de algún tipo de discriminación es como mínimo complicado.

No obstante, no es suficiente con alegar que existe una discriminación ante el juzgado, sino que es necesario una prueba o unos indicios que demuestren cierta veracidad a la demanda.

Cuando hablamos de discriminación directa, alegar que existe discriminación es bastante sencillo, ya que en base a alguna conducta o algún hecho acreditan la lesión del derecho.

Caso contrario es el de la discriminación indirecta, ya que la dificultad para poder demostrar unos indicios razonables ante el Juez disminuye, debido a la neutralidad de los hechos, en principio no existe una diferencia de trato. Por tanto el demandante deberá de intentar hacer un esfuerzo por demostrar ante el juzgado las consecuencias de las medidas adoptadas por el empleador.¹⁸

En algunos supuestos la prueba estadística ha sido uno de los instrumentos utilizados para poder demostrar que, las medidas adoptadas han sido mas lesivas para un cierto colectivo de trabajadores frente al otro colectivo.

Según lo expresado por ELORZA GUERRERO, dependiendo del tribunal en el que nos encontremos, valoraran mas una técnica para poder demostrar los indicios de discriminación indirecta que otra.

En el caso de los tribunales norteamericanos, las pruebas estadísticas son un claro indicio de que se ha generado discriminación. En cambio, los tribunales británicos confían mas en una buena valoración de la situación, en determinar el motivo concreto que ha llevado al demandado a presentarse ante los Juzgados.

Nuestros tribunales, no descartan la posibilidad de presentar pruebas estadísticas, al contrario, el propio órgano judicial puede pedir en algún momento concreto dichas pruebas. No obstante las alegaciones deben estar bien fundadas como reconoce el art. 13.1 de la LOI.¹⁹

Para saber como se pronuncian los Tribunales sobre la inversión de la carga de prueba cuando existe discriminación por razón de sexo por ejemplo en el sistema retributivo, nos centraremos en una de las sentencias del TJUE²⁰, en la que el Tribunal declara expresamente *“Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”*.

¹⁸ TAPIA BALLESTERIOS, P., “Infracciones y sanciones derivadas de la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito laboral”. Revista InDret 4/2011, Barcelona, 2011. pp. 24-26.

¹⁹ ELORZA GUERRERO, F., “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en Temas Laborales núm. 103/2010, Universidad de Pablo Olavide, 2010, pp. 247-257.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989. En el asunto 109/88.

Sin dejar a un lado esta sentencia y con referencia al apartado anterior, el Tribunal también explica como el empresario puede justificar la diferencia de retribución, en la aplicación de diversos criterios como, la flexibilidad, la formación o la antigüedad, puedan ser menos ventajosos para los trabajadores femeninos.

Concretamente el Tribunal en la sentencia lo expresa del siguiente modo;

- El empresario puede justificar la utilización del criterio de la flexibilidad si éste se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si este criterio se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador.
- El empresario puede justificar la utilización del criterio de la formación profesional demostrando que dicha formación reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.
- El empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad.

JURISPRUDENCIA: DISCRIMINACION INDIRECTA

En este apartado intentaremos mostrar las sentencias mas destacadas relacionadas con la discriminación indirecta, desde las sentencias norteamericanas donde se recogen los primeros pronunciamientos sobre el tema en cuestión, pasando por la jurisprudencia del TJUE, hasta llegar a las sentencias de nuestros Tribunales.

Conoceremos que dicen los Tribunales en relación con la discriminación indirecta, en algunos casos las sentencias no están relacionadas con el género pero nos ayudan a entender un poco mas acerca de este término, desconocido o en algunos casos confundido con la Discriminación Directa.

Es necesario mostrar algunos ejemplos sobre Discriminación Indirecta para entender, como de una medida neutral se puede estar vulnerando un derecho tan fundamental como es la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

1. Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos

En primer lugar destacaremos dos sentencias de la Corte Suprema, en las que por primera vez se da a conocer la figura de la discriminación indirecta. Los casos que fueron objeto de pronunciamiento son, el caso de Griggs vs. Duke Power Company²¹, en este supuesto, D. Willie Griggs y otros 12 trabajadores afroamericanos del centro de trabajo, demandaron a la compañía hidroeléctrica Duke Power porque entendían que los tests que realizaba la empresa para poder promocionar en el centro de trabajo eran discriminatorios, debido a que este grupo de trabajadores no poseían una amplia formación académica, ya que en aquella época los afroamericanos tenían mas restricciones para poder acceder a las universidades.²²

No obstante, el realizar la prueba de los tests para poder promocionar dentro de un departamento no era ilegal, pero si que producía un resultado desfavorable para dicho grupo de trabajadores.

²¹ Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. Supreme Court Reports 424(1971)

²² Hay que tener en cuenta que en 1964 se aprueba en Estados Unidos la Ley de Derechos Civiles, por tanto se convirtió en ilegal obligar a la segregación de las razas en las escuelas, la vivienda, o en contratación de empleados.

En este supuesto la Corte, determinó que los requisitos laborales no estaban relacionados con los puestos a desempeñar y por tanto la exigencia de dichos requisitos afectaba de forma desproporcionada a los trabajadores afroamericanos, ya que les impedía a la mayoría de estos acceder a un ascenso dentro de la empresa.

El otro caso objeto de pronunciamiento es el de *Dothard vs. Rawlinson*²³, en concreto en este supuesto se hace referencia al acceso al empleo de una guarda de prisiones, en la que se le denegó el empleo por no cumplir con un peso mínimo requerido. En este supuesto si que se demostraron a través de las estadísticas indicios de la existencia de una discriminación, ya que se excluía al mas del 4% de la población femenina con respecto al 1% de la población masculina.

Este caso no fue sencillo para la demandante, ya que para poder conseguir que el reconocimiento de la Discriminación se apeló unas cuantas veces, incluso el Tribunal del Distrito afirmó que las instalaciones del centro penitenciario estaban llenas de reclusos violentos, delincuentes sexuales, y por tanto la presencia de una mujer en el centro podía suponer un problema tanto para la seguridad de la guarda en cuestión como para sus propios compañeros.

Hay que tener en cuenta que la demandante Rawlinson, estaba graduada en la universidad, cuyo estudio fue la psicología correccional, es decir estaba bien formada para poder desempeñar ese trabajo.

Al final la Corte estableció, gracias a la aportación de las pruebas estadísticas donde se impedía el acceso al empleo al 4% de las mujeres y también al hecho que los demandados no pudieron demostrar que el peso o la altura eran relevantes para poder desempeñar las funciones demandadas, un impacto discriminatorio sobre las mujeres.

No obstante, la Corte si que consideró que las mujeres no podían cubrir todos los puestos de trabajo relacionados con el contacto directo con los presos de máxima seguridad, debido a que estas eran mas vulnerables al ataque sexual, que los guardias de prisiones masculinos.

²³ *Dothard v Rawlinson* 433 US Supreme Court Reports (1977)

2. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Es en estas sentencias es donde se desarrolla el término jurídico de Discriminación Indirecta, a través de la jurisprudencia del TJUE.

Por tanto, resaltaremos una serie de sentencias que han sido de gran relevancia en este sentido, evidentemente no podemos hablar de todas la sentencias referidas a tal asunto, ya que son bastantes e incluso hasta el día de hoy siguen apareciendo infinidad de casos sobre Discriminación Indirecta.

Anteriormente, hemos hecho referencia a una sentencia que fue pionera en introducir el concepto en Europa, fue el caso de Gabrielle Defrenne contra SABENA, pero debemos de tener en cuenta que dicha sentencia fue anterior al actual TJUE, no obstante si que es conveniente hacer un repaso para conocer el hecho por el que se introdujo dicho concepto.

En este asunto, es de gran relevancia el artículo 119 del Tratado de Roma, en el cual se garantiza el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y los femeninos.

Pues bien en esta sentencia el Tribunal realiza una distinción entre discriminación directa e indirecta. Por una parte hace referencia a la discriminación directa y abierta y por otra parte las discriminaciones indirectas y encubiertas que según este, solo pueden identificarse en función de disposiciones más explícitas.

Un dato curioso sobre esta sentencia, es que la diferenciación en cuanto una discriminación pueda ser directa o indirecta, no aparece en el art. 119 del Tratado, sino en la resolución que se cita en la sentencia, resolución del 30 de Diciembre de 1961, que por tanto, es el primer documento institucional de la Comunidad Económica Europea (CEE) donde se hace esa distinción.

Una vez conocido como se introdujo el concepto de Discriminación Indirecta en Europa nos centramos en las principales sentencia del TJCE, tal y como argumenta CAAMAÑO ROJO, *“son las que configuraron jurídicamente el instituto de la discriminación laboral indirecta”*.

La primera sentencia del TJCE sobre discriminación indirecta, es la conocida como el caso “Jenkins”²⁴. En este caso el litigio viene dado por una trabajadora contratada a tiempo parcial contra su empresario, el cual pagaba una retribución inferior al que pagaba al resto de sus compañeros masculinos, contratados a tiempo completo.

Cabe señalar, que según el TJCE el simple hecho de que la remuneración sea distinta para los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo sea distinta, no significa que exista discriminación. No obstante, si que señala que concretamente en este supuesto la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres, y los trabajadores a tiempo completo hombres, solo un pequeño porcentaje de mujeres trabajaba a tiempo completo y por tanto se vulneraba así lo establecido en el art. 119 TCE, cuyo objetivo era garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo.

Como afirma el TJCE *“una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado si es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres.”*

Evidentemente, las trabajadoras suelen tener mas dificultades para poder trabajar a tiempo completo, debido entre otros muchos factores, al cuidado de hijos o familiares.

Otra sentencia clave en este aspecto es la referida al asunto “Bilka”²⁵, es clave porque en ella el TJCE, establece las condiciones que deben ocurrir para estar ante una Discriminación Indirecta. Y al mismo tiempo hace referencia a los requisitos que deben reunir las razones objetivas, que llevan a justificar una medida discriminatoria dentro del entorno laboral.

El litigio esta relacionado con la concesión a una trabajadora de una pensión de jubilación a cargo del régimen complementario de pensiones constituido por Bilka en favor de sus empleados.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1981. En el asunto 96/80.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de mayo de 1986. En el asunto 170/84.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en la última modificación del expediente, el beneficio de dicha pensión solo afectaba a los trabajadores que hubieran trabajado a tiempo completo en la empresa durante al menos quince años.

La demandante, después de trabajar para la empresa a tiempo completo durante once años, por motivos familiares decidió compaginar su trabajo con el cuidado familiar.

Por no cumplir con el requisito de trabajo a tiempo completo, la empresa le denegó dicha pensión. Además, justificó que la modificación del régimen de pensiones, la que excluía a los trabajadores a tiempo parcial, era por motivos económicos justificados.

Un dato curioso, el TJCE, utiliza el caso anteriormente mencionado, el caso “Jenkins”, como referente para responder a las cuestiones planteadas.

Siguiendo con el asunto “Bilka”, lo que dice el Tribunal es que si se demuestra un porcentaje inferior de mujeres que de hombres trabajando a jornada completa, la exclusión del sistema de pensiones si que seria discriminatorio, si no pudiera justificarse.

En dicha sentencia el TJCE declara expresamente “Cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por “Bilka” responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119.”

Por último señalar que el TJCE, da un tirón de oreja al demandado, recalcando la obligación del empresario a tener en cuenta en el momento de adoptar una medida, la exclusión del beneficio de la pensión a los trabajadores a jornada completa, la situación social y familiar mas desventajosa para un grupo de trabajadores como es este el caso, trabajadores mujeres.

Pues bien, después de este breve repaso de sentencias pioneras en Europa sobre la Discriminación Indirecta, nos centramos en la jurisprudencia del TJUE más cercana a nuestros tiempos.

En primer lugar, comenzaremos hablando sobre una sentencia del TJUE de 2012²⁶, mas cercana a la actualidad, en la que una trabajadora de Barcelona, solicita ante el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), la prestación de jubilación.

En este supuesto, el INSS denegó la solicitud por no reunir el período mínimo de cotización de quince años.

La demandante trabajaba como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana.

Al ser denegado el derecho a la prestación, la demandante en el litigio principal interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, alegando que se vulneraba el principio de igualdad, declarando que se exigía un mayor periodo de cotización a los trabajadores a tiempo parcial, que a los trabajadores a tiempo completo.

Además, la demandante sostenía que existía discriminación indirecta, ya que estadísticamente eran mayoritariamente trabajadoras, las usuarias de este ese tipo de contratos.

Ante estas circunstancias, el Juzgado de lo Social de Barcelona, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE, las cuestiones prejudiciales necesarias para resolver el asunto.

En este asunto el TJUE, y nos centramos en los aspectos mas destacados del tema que estamos tratando, responde que existirá discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque sea de manera neutra, perjudique de forma considerable a un mayor número de mujeres con respecto de los hombres.

Por tanto, debido al método en el que se calcula el periodo de cotización exigido para acceder a la jubilación, privaba en la práctica a estos trabajadores a obtener dicha pensión.

Estadísticamente, se demostró que al menos el 80% de trabajadores a tiempo parcial en España eran mujeres.

Evidente el INSS y el Gobierno español justificaron que dicha práctica era esencial para garantizar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de tipo contributivo. Lo cual no sirvió de nada, ya que ningún documento aportado por el Gobierno español, demostraba que esta exclusión de los trabajadores a jornada parcial servía para garantizar dicho sistema.

Finalmente, el resultado fue que el Tribunal Constitucional fallo, declarando inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, en la que se hacía referencia al

²⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012, En el asunto C-385/11.

cómputo para el cálculo del periodo de cotización exigido para acceder a dicha pensión.

En segundo lugar, otra sentencia que también nos parece importante nombrar y más reciente que la anterior, es la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2013²⁷, referida a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y los femeninos.

Las trabajadoras funcionarias de la Policía Nacional, realizaban principalmente tareas administrativas. Estas actividades eran similares a las realizadas por otro grupo profesional que también trabajaba para el Ministerio.

Como era de esperar, el grupo mayoritariamente formado por hombres, recibía una remuneración superior al grupo formado mayoritariamente por mujeres.

La peculiaridad de esta sentencia, según el TJUE, es que es evidente la diferencia salarial existente entre los hombres y las mujeres, no obstante también añade que lo importante es conocer si verdaderamente esa diferencia salarial está justificada o no, en relación a las actividades desempeñadas por cada uno de los grupos.

Y esta cuestión, como dice el Tribunal le correspondería al órgano jurisdiccional nacional, ya que es el único competente para constatar y apreciar los hechos.

Si que el Tribunal da una serie de pautas para detectar que las actividades realizadas por los diferentes grupos son idénticas o por el contrario, son diferentes y por tanto justificarían la diferencia en la retribución.

Para resolver este asunto, los Tribunales de Justicia en varias ocasiones han establecido un conjunto de factores, para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo u otro de diferente valor, estos factores son²⁸;

- La naturaleza del trabajo.
- Las condiciones de formación.
- Y las condiciones laborales.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 2013, asunto C-427/11

²⁸ Sentencia de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99, Rec. p. I-4961, apartados 52, 53 y 57

Inclusive cabe señalar que, cuando los trabajadores se encuentre dentro de la misma categoría profesional, no bastará para concluir que se realiza el mismo trabajo o trabajo de valor igual.

Como resultado lo que se pretende, por parte del Tribunal es hacer ver, que las decisiones adoptadas para la aplicación de esta diferencia salarial entre los dos grupos de trabajadores se deben simplemente a factores objetivos e independientes de cualquier acto de discriminación por razón de sexo, además de ser proporcionales o por el contrario son decisiones subjetivas que tienen como resultado la discriminación de manera neutra , discriminación indirecta, hacia el colectivo mayoritariamente representado por mujeres.

La ultima sentencia que vamos analizar es un poco especial, ya que se sale de los patrones convencionales, es una sentencia interpuesta por un maestro que quería matricularse en una universidad para seguir unos cursos de Doctorado²⁹.

Decimos que es especial, porque es difícil encontrar sentencias en las que la discriminación indirecta afecta a los hombres, no obstante la sentencia no esta relacionada con el entorno laboral.

Pues bien siguiendo con la misma, lo peculiar de la sentencia es que se basa principalmente en lo referente a la carga de la prueba.

Poniéndonos en antecedentes, el demandante presento una denuncia por discriminación de género, ya que no fue seleccionado como candidato para poder cursar el Doctorado, alegando que el estaba mas cualificado que el resto de las candidatas seleccionadas.

Como ya hemos mencionado anteriormente, es obligatorio presentar ante el Tribunal indicios de la existencia de discriminación indirecta. El Tribunal amparándose en aquel momento en el art. 4.1 de la Directiva 97/80/CE relativa a la inversión de la carga de prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la cual expone; *“cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere,*

²⁹ Sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly, C-104/10

del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”, es decir, se exigía al demandante unos indicios que probaran que en dicha selección de candidatos existía tal discriminación, para que en su caso, la carga de la prueba le correspondiera a la parte demandada.

El Tribunal informó que desvelar la información de los otros candidatos podría vulnerar el principio de confidencialidad protegido por otras Directivas UE.

En este supuesto el candidato no tenía información acerca de la formación de las otras candidatas ni de la forma en la que el organizador seleccionó a los candidatos más aptos para el acceso al Doctorado.

Como conclusión nos ceñiremos a las palabras expresadas por JACQMAIN, referido a lo que plantean los Tribunales sobre la prueba que debe presentar el demandante para poder demostrar indicios de discriminación “esta decisión no va a facilitar en nada la carga probatoria de la víctima cuando la discriminación surge de la comparación de la víctima con una o con varias personas determinadas.”³⁰

Nos parece una buena conclusión, debido a que en muchas ocasiones poder demostrar por ejemplo, en términos estadísticos o en información que sabes pero que no tienes documentación que lo acredite, que existe discriminación es bastante complicado e incluso imposible, bien porque no se posee los medios adecuados o por que los recursos que tenemos las personas a nuestro alcance son muy escasos.

Además, se debe tener en cuenta, no en este supuesto concreto porque lo desconocemos, que en muchas circunstancias, la discriminación bien sea directa o indirecta, puede afectar de forma tan desfavorable al individuo que incluso tenga miedo o se sienta más vulnerable para poder emprender una batalla legal de estas dimensiones.

Es por eso, que en los supuestos de discriminación los indicios de la existencia de la misma, deberían ser menos gravosos para la persona que pretendan demandar.

³⁰ JACQMAIN, J., “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género”. Derecho Comunitario Europeo (de 1/09/2010 a 31/08/2011). Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, nº 35, 2014., p. 8.

3. Sentencias del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional.

De este modo, en es apartado analizaremos las sentencias del Tribunal Constitucional español, las cuales están basadas en la jurisprudencia del TJUE, ya analizadas anteriormente.

Cuando empezamos la búsqueda de las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC), nos llamó la atención que la mayoría de estas, estaban relacionadas con la discriminación indirecta por razón de sexo, concretamente dirigidas a la obtención de la prestación de jubilación, denegando la prestación a la mayoría de trabajadores a tiempo parcial por no llegar a cumplir los requisitos necesarios en tema de cotizaciones para poder ser beneficiarias de la misma.

Tema que ya hemos abordado anteriormente en las sentencias del TJUE.

Por ello, para mostrar mas ejemplos sobre Discriminación Indirecta por razón de género en el entorno laboral, analizaremos otras sentencias como es la STC 71/2013, de 8 de abril de 2013, la cual hace referencia al acceso a la pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, en este supuesto se denegó el acceso a la pensión por no cumplir con el periodo de cotización exigido por el artículo 138.2 del texto refundido de la LGSS³¹, de 1994.

Lo que se pretendía determinar en este recurso de amparo era si la aplicación realizada por el INSS, de los establecido en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social y el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, a efectos de cómputo del período de cotización exigido para acceder a la pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, había lesionado el derecho de la demandante a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, por el trato dispensado en su condición de trabajadora a tiempo parcial.

³¹ Actual, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Pues bien, el Tribunal para poder resolver dicho asunto, hizo referencia a la STC 61/2013, de 14 de marzo, muy próxima a la que estamos haciendo referencia, la cual declaraba inconstitucional y nula esa disposición adicional séptima de la LGSS, por vulnerar el art. 14 de la Constitución.

Por tanto el TC, otorgó el amparo solicitado, por vulneración del derecho a la igualdad y por sufrir discriminación indirecta por razón de sexo.

Pues bien, estas sentencias del TC, tanto la STC 61/2013 como la STC 71/2013, han tenido un gran efecto sobre la legislación española de Seguridad Social, debido a que se establece una discriminación indirecta para los trabajadores a tiempo parcial, durante un tiempo se creó un vacío normativo que se complementó con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.³²

El objetivo principal de esta norma era cumplir con los siguientes objetivos, tal y como se exponen en la misma;

1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.
2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social.
3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.
4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

Ahora vemos la influencia que tienen las sentencias dictadas por el TC, sobre nuestro ordenamiento jurídico y como estas sentencias pueden ocasionar cambios normativos significantes, ya que en numerosas ocasiones el legislador de forma, queremos pensar, indirecta, puede afectar a derechos tan fundamentales como la igualdad ante la Ley.

³² PANIZO ROBBLES, J.A. "Las nuevas reglas de seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial". (Comentario de urgencia al contenido del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), CEF.- Laboral-Social, 2013. pp. 3-14.

Dejando a un lado las sentencias sobre acceso a las prestaciones contributivas para los trabajadores a tiempo parcial, nos centramos en otra que aunque no hayan tenido tanta repercusión, si que poseen ciertas peculiaridades que deben se comentadas.

Pues bien una de las sentencias objeto de análisis es la STC 3/2007, de 15 de Enero, en ella la demandante alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva, al limitar a la trabajadora, por su condición de mujer, el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral.

En este supuesto se le denegó a la trabajadora el derecho a la reducción de la jornada laboral por guarda legal de su hijo menor de seis años.

En este asunto, el Tribunal determina que no es necesario aportar ninguna justificación que acredite la existencia de un trato mas beneficioso para los trabajadores varones, ya que existe una norma que produce efectos desfavorables para un grupo mayoritariamente formado por trabajadoras femeninas.

Por tanto, el obstáculo injustificado para conseguir la compatibilidad de la vida profesional con la vida familiar, si que constituía discriminación directa e indirecta por razón de sexo, por ese motivo el Tribunal reconoció el amparo a la trabajadora.

Para poder terminar este apartado, no hemos encontrado mejor forma que nombrar la primera sentencia del TC referida a un caso de discriminación indirecta por razón de sexo.

Pues bien, esta es la STC 145/1991, de 1 de julio, referida a la existencia de discriminación indirecta en materia salarial por razón de sexo. En ella unas trabajadoras limpiadoras de un hospital estaban encuadradas en una categoría profesional diferente a la de sus compañeros encuadrados en la categoría de peón, esta distinción significaba que el salario que percibían estas era inferior a la de sus compañeros, aun cuando el trabajo realizado por ambos era similar.

Tanto la Comunidad de Madrid, demanda en el proceso, como el Ministerio Fiscal, argumentaban que el Convenio Colectivo aplicable en ese momento establecía una distinción clasificatoria y salarial objetiva y razonable y por tanto, no discriminatoria.

Lo que queremos mostrar en esta sentencia es como trata el Tribunal el concepto de Discriminación Indirecta, y para ello citaremos algunos fragmentos de la sentencia.

El primero de esos fragmentos, es la definición por parte del Tribunal sobre el concepto de discriminación tanto directa como indirecta por razón del sexo, y cita textualmente *“La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”*.

El TC, desmonta todo lo argumentado por el órgano judicial con respecto a la justificación de la diferencia salarial de las “limpiadoras”, respecto de sus compañeros llamados “peones”, y lo hace del siguiente modo; *“El órgano judicial ha considerado objetivamente justificada la diferencia de tratamiento económico entre Peones y Limpiadoras «en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de Peón»*. Sin embargo, la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo ha producido consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer. Se ha partido de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos.”

Y además añade *“todo lo expuesto integra el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo, que en este caso es fácil de detectar, por resultar discriminatoria incluso la denominación empleada para designar a una de las categorías («Limpiadoras»)”*.

Evidentemente no podemos estar mas de acuerdo con las palabras del TC, a parte de ser directo en sus comentarios, demuestra la realidad de la situación que viven muchas mujeres en el entorno laboral, sobretudo en el acceso al empleo, debido al rol

que la sociedad imponemos a ciertos trabajos. Como es este el caso, el simple hecho de denominar limpiadoras a este tipo de trabajos, ya nos lleva a pensar que son solo trabajos destinados a mujeres y como no, esto conlleva que son trabajos con poco esfuerzo físico, poco riesgo, pocas horas y un largo etcétera que para nada están justificados.

Pues aquí finalizamos este apartado dedicado a las, en nuestra opinión, sentencias mas relevantes del TC con respecto a la discriminación indirecta por razón de genero en el entorno laboral, y en cierto modo nos gusta terminar con esta sentencia porque enganchamos con el próximo apartado dedicado a la situación de las mujeres en dicho entorno.

MUJER Y DISCRIMINACION

Como es de esperar, este apartado estará centrado exclusivamente en la discriminación de la mujer dentro del entorno laboral, y nos centramos en la mujer porque ha sido y es uno de los colectivos más vulnerables a sufrir discriminación dentro de este entorno, no afirmaríamos este comentario sin documentos que lo acrediten, de hecho, existen infinidad de informes, documentos, libros, estudios...que demuestran que la mujer a sido históricamente discriminada.

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo, se remontan al siglo XIX con la industrialización³³, la falta de mano de obra en la industria junto con la falta de recursos económicos de las familias en aquel momento, fueron el detonante para que la mujer, que generalmente se había dedicado al cuidado de los hijos y del hogar, entrara en el mundo laboral.

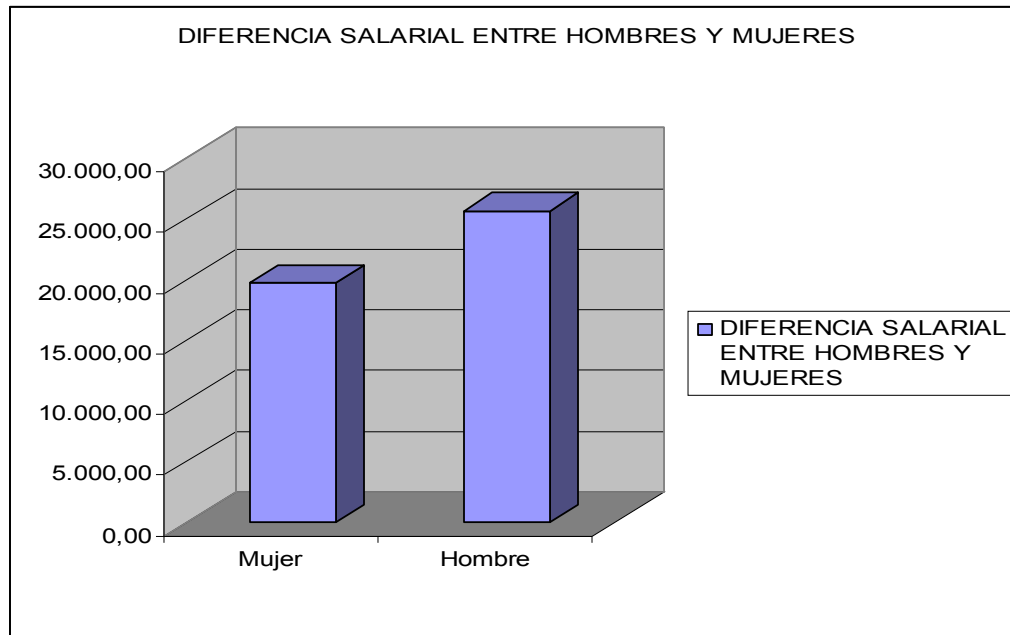
Lo cierto es, que la mujer desde un primer momento no tiene los mismos derechos que tiene el hombre en el trabajo, debido a los estereotipos sociales que desde antaño, se le atribuían por el simple hecho de ser mujer.

No obstante, de estos hechos ya ha transcurrido un largo periodo de tiempo y las condiciones laborales han mejorado tanto para los hombres como para las mujeres.

No tan cierto es, que la igualdad entre hombres y mujeres sea relativamente la misma, ya que como veremos a continuación, las estadísticas demuestran todo lo contrario.

La desigualdad se hace evidente en el entorno laboral debido a la brecha salarial y los diferentes tipos de contratos que tienen las mujeres.

³³ DURAN, M.A, SIERRA. I y TORADA, R., "Mujer y Trabajo. Problemática Actual". Germanía, Valencia, 2001, pp. 17-27.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística (2014)

En la grafica anterior mostramos los datos proporcionados por el INE, los que demuestran la evidente brecha salarial que existe entre hombres y mujeres, en términos generales, las mujeres reciben un salario bruto de 19. 744,82€, mientras que el de los hombres es de 25.727, 24€ anuales.

Los factores que determinan esta diferencia salarial entre otros, que a nuestro parecer son determinantes para ilustrar la diferencia entre salarios de ambos sexos son, la diferencia de los tipos de contratos, ya que como veremos a continuación, las mujeres siguen siendo las que mas contratos parciales utilizan con respecto a los hombres, y el otro determinante es el conocido como “techo de cristal”³⁴.

Aunque el concepto de “techo de cristal” es bastante utilizado hoy en día, ya que lo oímos constantemente en las noticias o lo vemos en la prensa, es difícil conseguir una definición del mismo, no obstante algunos autores lo definen como, un conjunto de barreras invisibles que dificultan o impiden alcanzar una promoción profesional a las mujeres. También conocido como “suelo pegajoso”, aunque este esta más relacionado con las circunstancias que hacen que la mujer no se mueva de la base de la pirámide económica.

³⁴ WIRTH, L “Romper el Techo de Cristal: Las mujeres en puestos de dirección”. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes OIT, 2002, p.58.

Pues bien, debido a este fenómeno muchas mujeres no llegan a tener salarios tan elevados como muchos hombres que ocupan puestos directivos o altos cargos y por tanto los salarios son más elevados en dichos puestos.

No obstante, no es solo este determinante el que nos lleva a determinar que las mujeres ganan menos que los hombres, como ya hemos mencionado anteriormente, las mujeres realizan más contratos a tiempo parcial que los hombres.

Debido a la naturaleza de dichos contratos, aun ganando por hora lo mismo que un trabajador a tiempo completo, el salario final anual siempre será inferior, evidentemente se realizan menos horas de trabajo al año.

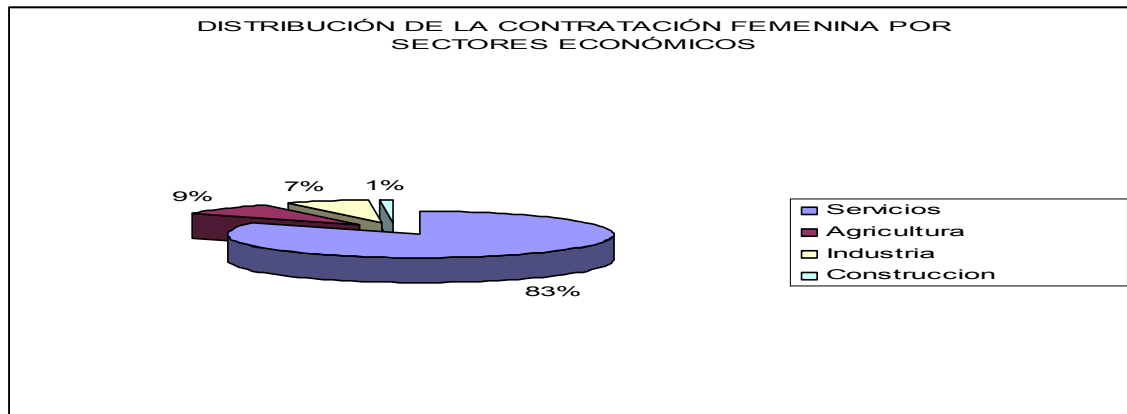
Pero no solo no solo es la diferencia en el tiempo de trabajo, también nos centramos en el tipo de contratos es decir, la temporalidad de los mismos, pocos son los contratos realizados a las mujeres de modalidad indefinida, la mayoría de estos son contratos temporales.

En la tabla que posteriormente expondremos, podremos observar que la contratación temporal femenina es mayor que la contratación indefinida, y como en el informe del Servicio Publico de Empleo Estatal (SPEE) nos indica este tipo de contratación va en aumento, ya que en valores absolutos se han registrado 64.270 contratos indefinidos y 725.392 temporales más que el año anterior.

MODALIDAD CONTRACTUAL	JORNADA COMPLETA	J. A TIEMPO PARCIAL	TOTAL
TOTAL INDEFINIDOS	329.394	305.317	703.510
TOTAL TEMPORALES	3.935.349	3.451.304	7.386.653
TOTAL	4.264.743	7.756.621	8.090.163

Fuente: Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (2015).

Este factor de inestabilidad en la contratación femenina es debido en muchas ocasiones a las ocupaciones o los puestos de trabajo en las que la mujer participa. Como veremos a continuación la mayoría de las mujeres trabajan en el sector servicios, concretamente un 83,31% de la población femenina ocupada.



Fuente: Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (2015).

Y dentro del sector servicios vemos las diferentes ocupaciones en las que las mujeres están más representadas;

Actividades Económicas	Contratos
Servicios de comidas y bebidas.	1.258.900
Comercio al pormenor	780.183
Servicios de alojamiento	519.657
Servicios a edificios y actividades de jardinería	437.174
Actividades sanitarias	383.453
Educación	379.922
Actividades administrativas de oficina y auxiliares de las empresas	298.248
Asistencia en establecimientos residenciales	294.149
Administración públicas y defensa	276.0715
Industrias de la alimentación	257.790
Actividades de servicios sociales sin alojamiento	202.453
Empleadores de personal domestico	198.638

Fuente: Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (2015).

LOS PLANES DE IGUALDAD DE LAS EMPRESAS Y OTRAS MEDIDAS DE PROMOCION DE LA IGUALDAD

1. Los Planes de Igualdad

Uno de los objetivos fundamentales de los legisladores es erradicar cualquier tipo de discriminación, sobretodo en el ámbito laboral.

Para ello, se crean como técnica para la consecución de la igualdad en las empresas los PLANES DE IGUALDAD.

Para conocer mas sobre los Planes de Igualdad, nos centramos en el art. 46 de la LOI, que los define como “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnostico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de genero”.

Es decir, lo que se pretende es crear un proyecto para detectar puntos débiles para poder actuar sobre los mismos, a través de una serie de medidas que fomenten la igualdad y no discriminación hacia la mujer.

Para que este Plan sea efectivo, será necesaria la constitución de una comisión específica encargada de su elaboración y seguimiento, y por tanto es necesario que se prevean los recursos humanos, materiales y económicos necesarios para su puesta en marcha.

Según este mismo artículo, en su punto dos, nos desvela las materias que deben ser contempladas en dichos planes, entre otras nos numera las siguientes;

- Acceso al empleo; la oferta de empleo no deberá discriminar a las mujeres, teniendo en cuenta que el proceso de selección se debe caracterizar por la utilización de criterios objetivos centrándose en la capacidad profesional sin hacer distinción entre el sexo.
- Retribuciones; se deberá prestar especial atención a la estructura salarial, ya que a menudo trabajos de igual valor se retribuyen de forma distinta y desfavorablemente afectando de forma negativa a las mujeres

- La conciliación laboral, personal y familiar; ya que es evidente que es la mujer quien soporta un mayor peso en la organización y cuidado familiar.
- Clasificación profesional.
- Promoción y formación
- Ordenación del tiempo de trabajo
- Prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Es esencial señalar que cuantas mas materias se contemplen en los planes existirá menos riesgo de discriminación, pero concretamente se enumeran estas materias debido a que la jurisprudencia señala estas como los supuestos discriminatorios mas comunes ya que son las que con mas frecuencia han sido pronunciadas por los tribunales y por tanto objeto de una mayor atención en los mencionados planes.

Una vez que ya sabemos para que sirven los Planes de Igualdad, pasamos a conocer en que supuestos deben aplicarse estos planes. Esto queda recogido en el art. 45.2 de dicha Ley la cual especifica, que deben ser las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores, las que deberán elaborar y aplicar el plan de igualdad obligatoriamente.

Para nuestra sorpresa, es un plan de obligado cumplimiento dirigido a empresas bastante grandes, y como veremos a continuación actualmente en España son una minoría si las comparamos con las pequeñas o medianas empresas.

EMPRESAS POR TAMAÑO	TOTAL
Microempresas (1-9 Trabajadores)	1.113.341
Pequeñas (10-49 Trabajadores)	136.597
Mediana (50-249 Trabajadores)	21.144
TOTAL PYMES	1.271.082
Grandes (250 o mas Trabajadores)	4.093

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Enero 2016)

Si que es cierto que en el punto 3 y 4 del mencionado artículo, se hace referencia a la obligatoriedad de realizar dicho plan cuando se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable o cuando así lo determine la autoridad laboral en los supuestos casos de sustitución de una sanción por dicha elaboración.

Se debe tener en cuenta que en los supuestos de incumplimiento, inaplicación, o aplicación inadecuada del Plan de Igualdad, la Autoridad Laboral, a propuesta de la Inspección de trabajo, la cual emitirá un informe, preceptivo pero no vinculante, es decir, puede o no hacer caso a lo que dicte el informe, y sin perjuicio de la imposición de la sanción administrativa que corresponda, podrá de forma automática dejar sin ayudas, bonificaciones y beneficios a la empresa que incumpla con dicho Plan.

Para finalizar este apartado nos centraremos en el art. 47 LOI, el cual se centra en garantizar la transparencia en la implantación del plan de igualdad.

Este precepto garantiza el acceso a la información del contenido de los Planes y a la consecución de los objetivos previstos en los mismos, tanto a los representantes de los trabajadores como en su defecto, a los propios trabajadores.

Además en el segundo párrafo se recalca, la competencia de la comisión paritaria de los convenios colectivos, en cuanto a al seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre los planes de igualdad.

2. Medidas de Promoción de la Igualdad

Cuando hacemos referencia a los Planes de Igualdad, podemos observar que en la Ley si que se especifican unos criterios o un contenido mínimo que deben estar plasmados en dicho plan.

No obstante, cuando en la Ley se hace referencia a las medidas de promoción para la igualdad, no se nombra ningún tipo de criterio o ninguna medida que pueda llevar a las empresas a aplicar unos contenidos mínimos homogéneos para garantizar dicha igualdad.

En el art. 48.1 de la LOI establece que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Y añade en su parte final que se deberán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de

códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

Con todo ello el legislador intenta erradicar o eliminar cualquier conducta que ocasione una condición de acoso sexual o acoso por razón de sexo.

Podemos apreciar que en este sentido el legislador establece sugerencias o recomendaciones a la empresa, en ningún momento obliga al empresario a establecer un plan concreto para prevenir dicha condición.

Esto nos lleva a que en la actualidad, mas concretamente en la doctrina laboralista, existen dificultades para resolver los casos de acoso sexual y para hacernos una idea nos centramos en los siguientes motivos³⁵;

- Que tipos de conductas son constitutivas de acoso sexual. En muchas ocasiones existen conductas que son socialmente consideradas normales, y que nos llevan a minimizar el problema del acoso en el ámbito laboral.
- La falta de las empresas en establecer medidas preventivas contra el acoso sexual. Como hemos señalado anteriormente la falta de obligatoriedad de medidas contra el acoso sexual, lleva a muchas empresas a no aplicar o no involucrase demasiado en el asunto.
- La dificultad para poder probar que se esta ante un supuesto de acoso sexual y al mismo tiempo la dificultad para poder probar los daños psicológicos derivados de la misma. En ocasiones el miedo a las represalias o a poder perder el puesto de trabajo lleva a que en muchas circunstancias la mujer no denuncie dicha conducta.
- Por ultimo señalar que no existe un cuadro de sanciones específicas para cada conducta y por tanto la denuncia por parte de la trabajadora pueda quedar en papel mojado.

A continuación mostraremos un dato curioso sobre las cláusulas que contienen los convenios colectivos y cuantas están dirigidas a fomentar la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo.

³⁵ GARCÍA NINET, J.I. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Comentarios a la Ley de Igualdad”, CISS 2007,. p.388.

De un informe realizado por la defensoría para la igualdad de mujeres y hombres de Castilla³⁶, hemos extraído los siguientes datos;

- De 135 convenios sectoriales que formaron el estudio, 18 no incluyen ningún tipo de cláusula referente a al desarrollo de la igualdad de trato.
- De las 480 cláusulas incluidas en estos convenios, la mayoría son cláusulas simplemente declarativas es decir dictan lo establecido por la Ley sin añadir ningún tipo de beneficio adicional. El resto si que cumplen con la función de mejora en este sentido.
- No obstante 69 de estas han sido consideradas ilegales en materia de igualdad de género, en gran mayoría las referentes a la igualdad de retribución por trabajos de igual valor. Aspecto señalado anteriormente en numerosas sentencias.
- Por ultimo cabe señalar, que son bastante escasas las cláusulas comprometidas con la elaboración de los planes de igualdad y deben saltar las alarmas debido a la obligatoriedad de dicho plan para determinados tipos de empresas.

Como se señala en dicho informe y nunca mejor dicho, aun queda un largo camino por recorrer en la aproximación entre la igualdad formal y la igualdad real en el ámbito laboral.

³⁶ BENGOTXEA, A., ERRO JAUREGI, M y SANZ DE PABLO, P. "La Igualdad de Género en los Convenios Colectivos. Informe Extraordinario."Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres (2009), pp. 59-86.

En lo referente al primer punto, que medidas son constitutivas de acoso sexual, nos damos cuenta que son pocos los Convenios Colectivos que hacen referencia a las medidas concretas o a los supuestos concretos de acoso sexual y acoso por razón de sexo en las empresas, no obstante nos ha parecido interesante comentar como en algunos Convenio Colectivo mencionados en el anterior informe, se realiza una clasificación detallada de las conductas que pueden derivar en acoso sexual, entendiéndolas como leve, grave y muy grave.

1. Actitudes leves:

- Chistes de contenido sexual sobre la mujer.
- Piropos/comentarios sexuales sobre las trabajadoras.
- Pedir citas reiteradamente.
- Acercamiento excesivo.
- Hacer gestos y miradas insinuantes.

2. Actitudes graves;

- Hacer preguntas sobre la vida sexual.
- Pedir abiertamente relaciones sexuales consentidas
- Presionar después de una ruptura sentimental con un compañero.

3. Actitudes muy grave;

- Abrazos y besos no deseados.
- Tocamientos, pellizcos....
- Presionar para obtener sexo a cambio de mejoras
- Realizar actos sexuales bajo presión de despido.
- Asalto sexual.

Esta clasificación permite a los trabajadores ver con claridad los supuestos concretos en que pudieran estar frente a un acto de acoso sexual, ya que muchas de las actitudes o gestos señalados anteriormente son socialmente aceptables dentro de cualquier entorno, no solo del laboral.

A nuestro parecer es un paso importante hacer referencia a las situaciones que son socialmente aceptadas, pero que debido a su naturaleza y sobretodo al colectivo al que normalmente van dirigidas (las mujeres), deben ser castigadas y sancionadas.

CONCLUSIÓN

La conclusión de este Trabajo es algo agridulce, por un lado hemos aprendido a poder diferenciar entre discriminación directa e indirecta, aspecto desconocido inclusive por algunos tribunales., además también sabemos que dicen los Tribunales sobre los efectos de la discriminación indirecta y como debe ser entendida la misma.

Lo que mas llama la atención es el origen del concepto y como de forma paulatina a llegado a través de numerosas sentencias a nuestro ordenamiento jurídico interno.

No obstante hasta sentar jurisprudencia, los Tribunales han tenido dificultades para conocer si estaban ante un caso de discriminación indirecta o no.

Si que es cierto, que los casos de Discriminación Directa son más sonados y mayoritarios, buscar artículos, libros, sentencias, entre otros relacionados con la Discriminación Indirecta no ha resultado tan fácil como parecía, siendo un derecho fundamental como es.

Podemos decir que esta es la parte dulce del trabajo y al mismo tiempo interesante, ya que es un tema que no vemos diariamente y que existe mucha incertidumbre al respecto.

Por otro lado nos queda hablar de la parte mas agria del trabajo, no porque no haya sido gratificante conocer más sobre la situación de la mujer dentro del mundo laboral, sino por conocer como en la actualidad siguen siendo las mujeres las más discriminadas dentro de este mundo.

El buscar sentencias de discriminación indirecta que afecten a los hombres es casi misión imposible, el conocer los datos de fuentes como el INE, EUROESTAT...y ver que aun hoy en día las mujeres siguen siendo las peor pagadas por realizar los mismo que trabajos que los hombres, que cada vez el Techo de Cristal es más visible y que la mayoría de los contratos a tiempo parcial son realizados por las mujeres, es algo que verdaderamente se debería de erradicar.

En la actualidad las medidas para poder prevenir este tipo de casos son insuficientes, todavía hoy es una tarea pendiente para toda la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLBAREZ DEL CUVILLO, A., *“Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo.”*,
Tema 2: Cuestiones generales sobre discriminación. Curso 2013-2014.

BENGOETXEA, A., ERRO JAUREGI, M y SANZ DE PABLO, P. *“La Igualdad de Género en los Convenios Colectivos. Informe Extraordinario.”*Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres (2009).

BARRERE UNZUETA, M.A., “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres”, IVAP, Civitas, Madrid, 1997.

BALLESTER PASTOR, M.A. *“La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”*. Lan Harremanak/25. Revista de relaciones laborales, nº 25, 2011.

CAAMAÑO ROJO, E., *“La Discriminación Laboral Indirecta”*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XII, Nª2, Diciembre 2001.

DURAN, M.A, SIERRA. I y TORADA, R., *“Mujer y Trabajo. Problemática Actual”*.
Germanía, Valencia, 2001.

ELORZA GUERRERO, F., *“Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”*, en Temas Laborales núm. 103/2010, Universidad de Pablo Olavide, 2010.

GARCÍA NINET, J.I. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. *“Comentarios a la Ley de Igualdad”*,
CISS, 2007.

JACQMAIN, J., *“Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género”*.
Derecho Comunitario Europeo (de 1/09/2010 a 31/08/2011). Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, nº 35, 2014.

MARTÍNEZ VEIGA, U. "Mujer, Trabajo y Domicilio: los orígenes de la discriminación". Barcelona, Icaria, 1995.

PANIZO ROBBLES, J.A. "*Las nuevas reglas de seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial*". (Comentario de urgencia al contenido del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), CEF.- Laboral-Social, 2013.

RODRÍGUEZ-PIÑERO M. "Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva", Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos), nº 44, 2001.

RUBENSTEIN, M. "Discrimination: a guide to the relevant case law". Industrial Relations Law Reports, nº 29, 2016.

SÁEZ LARA, C., "*La discriminación indirecta en el trabajo*", en Cuaderno de Relaciones Laborales, nº 6. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Madrid, 1995.

TAPIA BALLESTERIOS, P., "*Infracciones y sanciones derivadas de la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito laboral*". Revista InDret 4/2011, Barcelona, 2011.

VAZQUEZ SIMÓN, L.F. "Discriminación indirecta por razón de sexo: sentencia que no analiza la dimensión constitucional de una solicitud de reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor". Cuadernos Críticos del Derecho, nº 2, 2007.

WIRTH, L. "*Romper el Techo de Cristal: Las mujeres en puestos de dirección*". Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes OIT, 2002.

Legislación

- Constitución española, 1978.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 62/2011, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Civil
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Jurisprudencia

- Supreme Court Reports, Caso Griggs vs. Duke Power Company (1971).
- Supreme Court Reports, Caso Albemarle Paper vs. Moody (1975).
- Supreme Court Reports, Caso Dothars vs. Rawlinson (1977).
- Supreme Court Reports, Caso Wards Cove Packing vs. Atonio (1989).
- STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto Defrenne II.
- STJCE de 31 de marzo de 1981, Asunto J.P. Jenkins.
- STJCE de 13 de mayo de 1986, Asunto Bilka- Kaufhof.
- STJCE de 17 octubre de 1989, Asunto Danfoss.
- STJCE de 8 de noviembre de 1990, Asunto Decker.
- STJCE de 7 de febrero de 1992, Asunto Nimz.
- STJCE de 27 de octubre de 1993, Asunto Enderby.
- STJUE de 20 de octubre de 2011, Asunto Waltraud Brachner contra Pensionsversicherungsanstalt.
- STJUE de 26 de junio de 2001, Asunto Susanna Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG.
- STJUE de 21 de julio de 2011, Asunto Patrick Kelly contra National University of Ireland
- STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).
- STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto Margaret Kenny y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y Commissioner of An Garda Síochána.
- STC 145/1991, de 1 de julio de 1991.
- STC 126/1997, de 3 de julio de 1997.
- STC 14/2002, de 28 de enero de 2002.
- STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004.
- STC 3/2007, de 15 de enero de 2007.
- STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013.
- STC 71/2013, de 8 de abril de 2013.

Páginas Web

- Instituto de la mujer y para la Igualdad de oportunidades.
<http://www.inmujer.gob.es/>
- Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.es/inebmenu/indice.htm>
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social <http://www.empleo.gob.es/index.htm>
- Servicio Público de Empleo Estatal
https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/index.html